



De la nécessité d'une Déclaration des droits au Premier Amendement : quelques enjeux du débat entre Jefferson et Madison

Annie Lechenet

► To cite this version:

Annie Lechenet. De la nécessité d'une Déclaration des droits au Premier Amendement : quelques enjeux du débat entre Jefferson et Madison. *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, 2003, XXIV (1 (Pritemps-Eté 2003)), pp.17-32. halshs-00612744

HAL Id: halshs-00612744

<https://shs.hal.science/halshs-00612744>

Submitted on 30 Jul 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**DE LA NÉCESSITÉ D'UNE DÉCLARATION DES DROITS
À L'ADOPTION DU PREMIER AMENDEMENT :
QUELQUES ENJEUX DU DÉBAT ENTRE
JEFFERSON ET MADISON**

Annie LECHENET

UN DÉBAT DÉCALÉ

En 1787, Thomas Jefferson représente à Paris un groupe de treize États lointains, de faible puissance économique, qui ont du mal à s'unir, et qui de surcroît ont l'audace de se gouverner en autant de républiques. Lorsqu'en octobre, son compagnon de lutte républicain, James Madison, lui fait part d'un projet de Constitution Fédérale, qui coifferait ces États de l'autorité d'un gouvernement commun, Jefferson lui répond qu'il se réjouit de « l'harmonieuse distribution des pouvoirs dans un gouvernement qui irait de lui-même paisiblement ». Mais il est désagréablement surpris d'une lacune étrange : la Constitution Fédérale n'est pas précédée d'une « Déclaration des Droits, qui pourvoirait clairement, et sans recourir à aucun sophisme, à la liberté de religion, la liberté de la presse, (...) la force éternelle et permanente des lois d'*habeas corpus* (etc.) »¹.

Or une telle Déclaration apparaît essentielle à toute république : en effet, depuis les luttes anglaises du XVII^e siècle, et pour les républicains anglais et américains de ce temps, une république est d'abord un équilibre, paradoxal et fragile, entre pouvoir et liberté : les libertés, ou droits inhérents des individus, requièrent, pour être défendus, assurés, un pouvoir souverain – mais ce même pouvoir auquel elles se sont confiées est, par la nature même de l'homme, toujours porté à s'épandre hors des limites qui l'ont constitué, à empiéter sur les libertés individuelles et collectives qu'il ne devrait que protéger. « Le progrès naturel des choses est que la liberté cède du terrain et que le gouvernement en gagne »², écrit Jefferson à Edward Carrington, son correspondant à la Convention de Virginie. C'est pourquoi des Déclarations des Droits, placées en tête des

constitutions, doivent permettre, au cas très probable où le gouvernement, se retournant contre le peuple qui l'a institué, tenterait d'empiéter sur les droits de celui-ci, d'appuyer le peuple dans la défense de ses droits. « J'ajouterai, dit encore Jefferson, qu'une déclaration des droits est ce à quoi les peuples ont droit *contre* tout gouvernement sur Terre, que celui-ci soit général ou particulier »³. Ainsi la plupart des Constitutions des treize États américains, adoptées après l'Indépendance, sont placées sous l'égide de telles Déclarations. Mais la Constitution Fédérale n'en prévoit pas.

Comment comprendre cette omission ? C'est pourtant pour la défense des droits du peuple que les Fondateurs de l'Indépendance, qui sont aussi les Constituants de Philadelphie en 1787, et surtout James Madison, s'étaient engagés dans la lutte contre les abus du pouvoir royal anglais en 1776. Il y a d'ailleurs en ceci, pour l'historien des idées, un double paradoxe : le *libéral* Madison refuse en 1787 une Déclaration des droits, c'est le *démocrate* Jefferson qui défend jalousement les libertés des citoyens.

De 1787 à 1789, Madison et Jefferson échangent nombre de lettres, sur de nombreux sujets, et nous y examinerons l'étrange débat qui se noue entre eux – débat à vrai dire assez décalé, esquivé, mais pourtant lourd d'enjeux importants.

Il faudra d'abord tenter de comprendre le sens de leurs positions respectives par rapport à la question d'une Déclaration des Droits : si Jefferson semble défendre la position traditionnellement libérale des républicains, la position de Madison semble plus difficile à comprendre.

Serait-ce que chacun des deux protagonistes vit en 1787 dans un contexte et une tradition de pensée différents ? Entretient un rapport différent à l'évolution historique et à la modernité ?

En Amérique, les Pères Fondateurs s'émeuvent des prétentions populaires au pouvoir politique. Dans les différents États des législatures gouvernées par des majorités issues des couches populaires endettées votent des lois défavorables aux créditeurs, telles que l'institution de papier-monnaie, ou même parfois l'abolition des dettes ; l'inflation s'installe ; des « Conventions » populaires spontanées, non prévues par les Constitutions, se multiplient, et vont parfois jusqu'à réclamer des mesures de partage des terres. Dans le Massachusetts, en 1786, un mouvement de fermiers endettés dégénère en troubles connus sous le nom de « rébellion de Shay ». Contre tous ces maux, les Fondateurs souhaitent renforcer les pouvoirs politiques en créant un pouvoir central plus fort, une Constitution de niveau supérieur qui s'appliquerait à tous les États membres de l'Union. Mais ce faisant, Madison et les Pères Fondateurs seraient-ils, dans leur tentative de renforcer les pouvoirs

gouvernants, en train de revenir sur leur défense de la liberté, d'en trahir subrepticement la cause – ce que révélerait leur refus rapide et quasi unanime d'une Déclaration des Droits ?

C'est peut-être ce que redoute Jefferson, lorsqu'en juillet 1788, il répète à Madison, qui ne lui a pas encore répondu sur ce point : « J'espère qu'une Déclaration des Droits sera promulguée pour garantir ("*guard*") le peuple contre le gouvernement fédéral, comme il est déjà garanti contre le gouvernement des États dans la plupart des cas »⁴.

Jefferson est indéniablement un défenseur sourcilleux des libertés. « J'avoue que je n'aime pas un gouvernement très énergique. Il est toujours oppressif »⁵, déclare-t-il. D'ailleurs, dès 1786, il s'inquiétait d'une répression trop sévère de la rébellion de Shay, en des phrases toujours célébrées pour leur libéralisme : « Les troubles qui ont eu lieu en Amérique, pour autant que j'en sache, ne présentent rien de menaçant. Ils apportent la preuve que le peuple a assez de liberté, et je ne voudrais pas qu'il en ait moins »⁶, écrivait-il alors. « L'arbre de la liberté doit de temps à autre être rafraîchi par le sang des patriotes et des tyrans. C'est son engrais naturel »⁷, insiste-t-il en 1787.

Mais Jefferson n'aurait peut-être pas bien perçu les changements en cours, et s'en tiendrait à une vision ancienne, objectivement dépassée, de la république et de la défense de la liberté. Serait-il influencé par le contexte de l'Ancien Monde dans lequel il se trouve en 1787, précisément cette France d'une part encore soumise, à ses yeux, aux maux de la féodalité, et d'autre part traversée des frémissements de la liberté qui sont encore purement le fait de théoriciens, de ces « philosophes » dont il fréquente les salons ? S'engageant dans la lutte historique des Lumières, du progrès de la raison contre les passions féodales qui gouvernent encore l'Ancien Monde, serait-il imprégné de l'incorrigible attitude théoricienne des « Philosophes », peu conscient de la réalité, comme le suggère Madison⁸ ?

Madison, ayant saisi la particularité des circonstances américaines, serait quant à lui au fait de la liberté et de la modernité du Nouveau Monde, et en outre formé par l'une des spécificités de ce Monde jeune, le pragmatisme. Serait-ce ce pragmatisme typiquement américain qui lui ferait déclarer que « l'expérience a prouvé l'inefficacité de ces barrières de parchemin »⁹ que sont les Déclarations des Droits ? Quitte à choisir, dans la délicate balance du pouvoir et de la liberté, d'appuyer plutôt sur le plateau du pouvoir, craignant les troubles induits par la liberté ?

Or Madison défend aussi la liberté, mais dans une nouvelle conception de la république, et c'est la question de la nature de la république que révèle le débat sur la nécessité d'une Déclaration des

Droits.

C'est en octobre 1788 que Madison répond enfin à l'étonnement de Jefferson et explique l'absence initiale d'une Déclaration des Droits en tête de la Constitution Fédérale.

Remarquons d'abord qu'il ne s'éloigne pas de la problématique classique de la méfiance à l'égard du pouvoir politique, et de la conception pessimiste de la nature humaine :

« En quelque lieu que réside le pouvoir réel d'un Gouvernement, en ce lieu est un danger d'oppression. (...) En quelque endroit que ce soit, s'il y a un intérêt et un pouvoir de faire le tort, le tort sera généralement fait, et pas moins ardemment par un parti puissant et intéressé que par un prince puissant et intéressé »¹⁰.

Mais, comme il le fait remarquer à Jefferson, il a une expérience différente, et nouvelle, il « a contemplé des abus de pouvoir issus d'une région fort différente »¹¹. Car en Amérique le peuple n'est plus seulement l'ensemble des gouvernés, mais aussi celui des gouvernants, et c'est lui, et lui seul, qui *exerce* le pouvoir. Dès lors les rôles du pouvoir et de la liberté ne sont plus joués par les mêmes acteurs : dans les États particuliers, où seul le peuple gouverne, selon la majorité qu'il détermine en son sein, le risque de l'abus de pouvoir ne vient plus du roi et de ses ministres, mais des « majorités intéressées », et les libertés et droits à défendre ne sont plus ceux du peuple, mais, selon un renversement d'extrême conséquence, ceux « des minorités et des individus ». Or si une Déclaration des Droits est un instrument efficace contre l'arbitraire d'un monarque, ce n'est plus le cas contre une « majorité intéressée » :

« La différence en ce qui concerne le point en question – l'efficacité d'une déclaration des droits pour contrôler les abus du pouvoir – réside en ceci : dans une monarchie, la force latente de la nation est supérieure à celle du Souverain, et une charte solennelle des droits populaires doit avoir une grande efficacité, comme critère pour tester la validité des actes publics, et comme signe de ralliement pour lever et unir la force supérieure de la communauté ; tandis que dans un Gouvernement populaire, où (...) le pouvoir politique et physique est déposé dans les mêmes mains, c'est-à-dire dans la majorité parmi le peuple, la volonté tyrannique du souverain n'est pas susceptible d'être contrôlée par la menace d'un appel à une force quelconque à l'intérieur de la communauté »¹².

Que les Déclarations des Droits ne soient que des « barrières de parchemin » ne signifie donc pas qu'elles sont faibles parce qu'elles ne sont qu'en parchemin, mais qu'elles sont inefficaces contre des majorités populaires intéressées, qui peuvent gouverner dans des républiques. Contre de telles majorités, c'est l'organisation du

pouvoir prévue par la Constitution fédérale qui est préférable.

Or ce faisant, Madison a profondément modifié la conception de la république, il a, selon le terme de Denis Lacorne, « inventé » la république moderne¹³. Il s'en expliquait d'ailleurs dans sa première lettre à Jefferson, d'octobre 1787 : on ne peut plus chercher à réaliser, disait-il, la « république pure », ou « simple démocratie », « mise en œuvre par le sens de la majorité » et « agissant sur un territoire aux limites étroites »¹⁴. Une telle république ne peut qu'être « injuste », car les majorités qui y gouvernent, nécessairement populaires, ne peuvent qu'empiéter sur les droits des minorités, par exemple propriétaires. Il faut donc concevoir la « *République étendue des États-Unis* »¹⁵, d'une part agissant sur un territoire suffisamment étendu pour que les différents intérêts des citoyens ne puissent pas s'unir pour former une majorité, et où d'autre part le pouvoir est exercé par un système de représentation conçu pour « filtrer et raffiner »¹⁶ les vues trop grossières et trop immédiates, "*locales*", « mal calculées »¹⁷, des citoyens.

C'est donc bien aussi la liberté que défend Madison contre le pouvoir, mais la liberté qui doit dorénavant être défendue est la liberté des minorités et des individus contre des abus d'un pouvoir qui est maintenant celui des majorités gouvernantes. Mais ici le désaccord avec Jefferson devient fondamental.

JEFFERSON ET MADISON DEVELOPPENT ALORS DEUX CONCEPTIONS OPPOSEES DE LA RÉPUBLIQUE

Dans cette même lettre d'octobre 1787, Madison exposait sa conception de la république – et Jefferson ne commente pas cette conception, d'où le « décalage » très caractéristique de leur débat durant cette période.

Pour Jefferson, selon une logique en effet philosophique, la cohérence de la conception républicaine, du gouvernement du peuple par le peuple, énonce que « la volonté de la majorité est la loi Naturelle de toute société »¹⁸. C'est donc par l'élaboration collective des lois, par la discussion publique et rationnelle, que pourront être atteintes non seulement la liberté, mais encore la justice. Or ceci suppose aussi que l'on conçoive que les citoyens discutent légitimement – d'où les droits fondamentaux, « éminents », nécessaires à l'exercice de l'autogouvernement que sont la liberté d'opinion, de presse et d'assemblée. Mais cette élaboration des lois par la majorité suppose en outre qu'ils discutent légitimement de leurs intérêts économiques, et les élaborent ensemble en intérêt commun, en bien public.

Ceci suppose à son tour que la propriété n'est pas un droit naturel

des citoyens individuels, qui demeurerait à tout jamais hors d'atteinte de la discussion publique, mais seulement un droit « municipal », que telle ou telle société a jugé bon d'instituer de telle ou telle manière « selon sa commodité »¹⁹, et qu'elle pourra donc à nouveau changer à l'issue de la discussion publique. Pour Jefferson, le seul droit naturel est, inspiré de Locke, le droit « d'usufruit de la Terre », qui « a été donnée en commun aux hommes pour qu'ils la travaillent et en tirent leur subsistance »²⁰. Dès 1785, observant à Fontainebleau la misère d'une femme privée de travail et mise dans l'incapacité de nourrir ses enfants, alors que le roi se réserve d'immenses terres non cultivées pour la chasse, il écrivait à Madison :

« Dès que dans un pays il existe des terres non cultivées et des pauvres non employés, il est évident que les lois de la propriété se sont étendues si loin qu'elles ont violé le droit naturel. La terre est donnée comme une réserve commune aux hommes pour qu'ils la travaillent et en vivent. Si, pour encourager l'industrie, nous permettons qu'elle soit l'objet d'une appropriation, nous devons prendre garde qu'un autre emploi soit fourni à ceux qui sont exclus de l'appropriation. Si nous ne le faisons pas le droit fondamental de travailler la Terre revient à celui qui n'a pas d'emploi »²¹.

Et lorsqu'en juillet 1789, son ami La Fayette lui soumet le projet de Déclaration des Droits qu'il a conçu pour la France, qui comporte, au rang de droit naturel et inaliénable, le *droit de propriété*, Jefferson lui suggère de remplacer celui-ci, comme il l'avait fait dans la Déclaration d'Indépendance américaine, par le *droit à la poursuite du bonheur*²².

Mais ne voyons pas là seulement une fidélité un peu obtuse, voire archaïsante, à la tradition de pensée républicaine et *whig*. Jefferson à Paris fait l'expérience de ce qui est pour lui une époque obscure de l'histoire de l'humanité, qu'il ramasse dans les termes de « féodalité » et de « despotisme » : la monarchie dépourvue de limites constitutionnelles, l'intolérance religieuse et une « énorme inégalité productrice de tant de misère »²³. Il forge là sa conscience historique propre, selon laquelle l'Amérique, Nouveau Monde, a le bonheur et la responsabilité de faire réussir « l'expérience républicaine »²⁴. Ainsi ce n'est plus dans les termes du pessimisme puritain qu'il conçoit une lutte éternelle entre une fragile, passive, voire féminine liberté et un pouvoir excessivement entreprenant parce qu'il est une passion qui toujours consume le cœur d'hommes naturellement corrompus, mais dans les termes nouveaux de l'optimisme historique des Lumières. A Paris, Jefferson fréquente les salons des philosophes, et pense que, dans son progrès historique, la raison doit triompher de ces obscures passions féodales qui asservissent la masse du peuple. Aussi, contre

« les rois, les prêtres et les nobles »²⁵, Jefferson, se réjouissant de l'adoption par sa Virginie natale d'une Loi pour la Liberté Religieuse, réclame aussi une Loi pour l'Instruction Générale du peuple, car dit-il, « nos gouvernements reposant sur l'opinion » des citoyens, il est essentiel d'une part qu'il y ait des journaux, mais aussi « que chaque citoyen reçoive ces journaux et soit capable de les lire »²⁶. Il ne s'agit donc pas seulement de défendre, négativement, la liberté des citoyens contre le pouvoir politique de l'État, mais d'énoncer les conditions réelles pour que les citoyens exercent leur pouvoir de se gouverner eux-mêmes, et réalisant ainsi, positivement, leur liberté politique, puissent de ce fait défendre efficacement leurs droits et libertés : pour parler selon les termes des libéraux actuels, la liberté négative, de défense des droits *contre* l'État, suppose la liberté positive, d'exercice effectif du gouvernement par les citoyens. Jefferson est donc bien un libéral, dans la compréhension la plus extensive qui soit, non seulement négative, mais encore positive²⁷.

Mais il apparaît que la conception de la république élaborée par Madison est alors diamétralement opposée à celle de Jefferson : pour Madison « l'injustice » consisterait à remettre en cause la propriété, car celle-ci est un droit naturel inaliénable des individus ; et la nouvelle structure des pouvoirs conçue par Madison dans la Constitution Fédérale a pour objectif d'éviter cette injustice, en construisant un système qui assure la *séparation* et la *neutralité* de l'État à l'égard de tous les intérêts particuliers quels qu'ils soient. Cette république moderne constitue donc ce qui sera le dogme de tout le libéralisme actuel : la séparation des différentes « sphères » de l'activité humaine, notamment la sphère purement « civile » des intérêts sociaux et économiques d'une part, et d'autre part la sphère du pouvoir politique.

De sorte que, loin d'être construite sur la loi de la majorité, la république est au contraire construite, dans sa constitution-même, pour éviter de « mettre en œuvre le sens de la majorité », qui n'est plus, pour Madison, une loi naturelle, mais seulement à son tour « une commodité » juridique²⁸.

Ainsi, si Madison et Jefferson s'opposent sur la question de la nécessité d'une Déclaration des Droits, c'est parce que pour Jefferson la loi de la majorité est une loi naturelle de la république et la propriété une commodité municipale sur laquelle la discussion publique peut et doit porter ; alors que pour Madison, de manière exactement inverse, d'une part la propriété est un droit naturel, intangible sous peine d'injustice, hors de toute atteinte légitime de la part du pouvoir politique, et d'autre part c'est le vote majoritaire qui n'est qu'une disposition juridique relative, et qui doit être désamorcée dans sa dangerosité.

Pour conclure, indiquons comment ce débat éclaire l'adoption des

dix premiers Amendements et la lutte des « Républicains-Démocrates » : du quiproquo à la synthèse.

On conçoit que dans ces conditions, l'accord survenu en 1789 avec la ratification de la Constitution par les États puis l'adoption des dix premiers Amendements constituant la Déclaration Fédérale des Droits, n'ait été qu'un compromis, et peut-être même, entre Jefferson et Madison, un quiproquo :

Jefferson accepte la Constitution Fédérale car il souhaite renforcer les États-Unis vis-à-vis des puissances extérieures, notamment construire un système fédéral de régulation du commerce extérieur, conformément à sa doctrine de l'échelonnement des (auto) gouvernements.

Madison sauve ce qui est pour lui l'essentiel de la Constitution Fédérale : la structure des pouvoirs qu'elle organise, notamment contre l'injustice des assemblées Législatives des États, et offre, en gage de son authentique volonté libérale, une Déclaration des Droits qui affirme expressément les droits qu'il n'a effectivement jamais voulu combattre ni entamer. Remarquons que les premiers de ces droits, les droits « prééminents », selon la doctrine même de Madison, sont non pas les droits naturels et inaliénables des citoyens individuels, mais bien ceux qui sont formellement nécessaires à leur exercice de leur propre gouvernement : les droits de l'opinion et de son expression, par la presse et par l'assemblée, en vue de discuter et d'adresser des pétitions.

Mais, malgré cet étonnant quiproquo, on peut considérer que cette histoire finit bien, du moins en ce qui concerne Jefferson et Madison, leur amitié, leur collaboration, et le maintien pacifique de la république américaine. Car ces « barrières de parchemin » menacèrent de se révéler inefficaces contre des dangers qui ne furent pas ceux que Madison avait prévus, ce qui amènera en 1791 les deux républicains à s'allier contre ces dangers et à effectuer une véritable synthèse de leurs positions.

En 1787 Jefferson avait entendu l'argument de Madison, et il était demeuré sur sa position de libéral *Old Whig*, mais en invoquant une vision de plus longue portée de l'histoire de la république : « La tyrannie des législatures est la menace la plus formidable à présent, et le sera pendant de longues années encore. Celle de l'exécutif viendra à son tour, mais ceci aura lieu à une époque plus éloignée »²⁹.

Or dès 1791 c'est sans doute une minorité fortunée qui occupe les postes des pouvoirs législatif et exécutif au plan fédéral. Hamilton propose que l'État Fédéral rachète les créances qui avaient été émises durant la Guerre d'Indépendance : souscrites par des patriotes ensuite ruinés par les faillites des États dans les années 1780, elles avaient été cédées à vil prix à des hommes fortunés qui en réclament – et

obtiennent – des remboursements au prix fort en 1791. Madison, cette fois au mépris du respect du droit naturel de propriété, tente de s'opposer à ce rachat, qui lui semble aussi, quoi que d'un point de vue fondamentalement différent, « injuste ». Cette fois-ci, c'est la minorité propriétaire qui opprime de son injustice la majorité non-propriétaire, ce dont prend explicitement conscience Madison :

« Il apparaît clairement en quelles sortes de mains est tenue la dette publique, et par quelle sorte de gens le peuple des États-Unis doit être gouverné. (...) Où est la plus grande injustice réelle ? La vraie différence semble consister en ce que dans l'ancien et mauvais gouvernement, le petit nombre était victime du grand ; dans l'actuel le grand nombre du petit »³⁰.

Dans quelles mains la dette publique est-elle tenue ? Ce sont les mains de l'oligarchie qui s'empare de la structure républicaine. L'atteinte aux libertés nécessaires à l'autogouvernement suit logiquement : répression peu respectueuse des libertés lors de la Whiskey Rebellion et dans la foulée, menaces de Washington contre les « sociétés démocratiques », clubs républicains créés par Jefferson et Madison, puis en 1798, les étonnantes « Lois sur les Etrangers et les Séditions » promulguées par le Président Adams, lois qui visent à réduire drastiquement les libertés républicaines, notamment celle de la presse, et contre lesquelles Jefferson et Madison en sont réduits à rédiger quasi secrètement les « Résolutions du Kentucky ».

Or dès 1791, Jefferson et Madison se sont alliés, fondant le Parti « Républicain »³¹, qui a deux objectifs liés : d'une part défendre les libertés fondamentales, et d'abord les libertés républicaines énoncées par le 1^{er} Amendement :

« L'application stricte d'une telle loi (la Loi sur les Etrangers et les Séditions) n'aurait-elle pas réprimé cette information et cette communication parmi le peuple, qui sont indispensables au juste exercice de ses droits électoraux ? Et une telle loi, si elle devenait perpétuelle (...), n'aboutirait-elle pas un jour à détruire notre système de libre gouvernement ? »³², explique Madison.

Leur second objectif est de promouvoir le programme d'une orientation « démocratique » de la société par le politique, programme qui est essentiellement un programme de maintien d'une petite propriété indépendante. Madison lui-même écrit qu'il souhaite mettre en œuvre « l'opération silencieuse de lois qui, sans violer les droits de la propriété, ramènent l'extrême richesse à un état de médiocrité, et élèvent l'extrême indigence à un état de confort »³³. Car la république ne peut se maintenir que si elle administre une société « démocratique » – sinon elle n'est que le masque de l'oligarchie.

Ainsi il y a bien eu synthèse entre la pensée de Madison et celle de

Jefferson : la république demeure représentative, étendue, mais elle doit aussi être démocratique, socialement et de là politiquement, et c'est en cela, non dans la neutralité de l'État, qu'elle peut dans la réalité effective préserver les libertés inscrites sur les « barrières de parchemin ». La république doit mettre en oeuvre réellement l'autogouvernement, organiser la discussion publique des intérêts économiques, de la propriété elle-même, pour réaliser et maintenir une société démocratique, de citoyens indépendants – sinon elle n'est que le masque d'une oligarchie qui tend toujours à restreindre y compris les libertés fondamentales : des *Alien and Sedition Laws* au maccarthysme et aux menaces actuelles sur ces libertés, sans oublier l'étrange soutien de la République Américaine à diverses dictatures alliées à ses intérêts économiques dominants.

On voit donc combien les libertés du 1^{er} Amendement, qui énoncent les conditions formelles nécessaires à l'exercice de l'autogouvernement républicain par les citoyens d'une part sont essentielles, « éminentes », et d'autre part requièrent, pour leur défense même, les conditions de leur exercice réel : des journaux, mais « que chaque citoyen les reçoive et soit capable de les lire », et une société dans laquelle chaque citoyen ait suffisamment d'indépendance économique pour atteindre « un état de confort » et « ait le loisir de penser »³⁴. Ainsi, si les libertés du 1^{er} Amendement constituent bien la pierre fondatrice de toute république digne de ce nom, car elles en énoncent les conditions formelles absolument nécessaires, le respect réel de ces libertés et la mise en œuvre de leurs conditions réelles d'exercice constituent quant à eux la pierre de touche de la république.

NOTES

- [1] Thomas Jefferson, à James Madison, Paris, 20 décembre 1787. *Writings* (éd. Peterson), 916. (L'orthographe un peu particulière de Jefferson a été conservée.)
- [2] Thomas Jefferson, à Edward Carrington, Paris, 27 mai 1788. *The Papers...* (éd. Boyd), XIII 208-209.
- [3] à James Madison, 20 décembre 1787. *op. cit.*.
- [4] Jefferson, à Madison, Paris, 31 juillet 1788. *The Republic of Letters* (éd. Smith), I 546.
- [5] Jefferson, à Madison, Paris, 20 décembre 1787. *op. cit.*
- [6] Jefferson, à Ezra Stiles, Paris, 24 décembre 1786. *The Papers...*, X 629.
- [7] Jefferson, à William Stephens Smith, Paris, 13 novembre 1787. *The Papers...*, XII 356.
- [8] « Quels qu'erronés ou ridicules ces terrains de dissension et de faction puissent apparaître à l'Homme d'État éclairé ou au

philosophe de la bienveillance, la masse de l'humanité, qui n'est ni Philosophe ni Homme d'État, continuera de les voir d'un œil différent », écrit Madison à Jefferson, New-York, le 24 octobre 1787. *Writings* (éd. Rakove), 149-150.

- [9] Madison, à Jefferson, 17 octobre 1788, *Writings*, 421.
- [10] *ibidem*.
- [11] *ibidem*.
- [12] *ibidem*.
- [13] *L'invention de la république, le modèle américain*. Paris : Hachette, 1991
- [14] Madison, à Jefferson, New-York, 24 octobre 1787. *Writings*, 152.
- [15] *ibidem*.
- [16] Madison, *Le Fédéraliste*, article X, *Writings* 165.
- [17] Madison, *Observations sur le Projet de Constitution pour la Virginie fait par Jefferson*, 15 octobre 1788, *Writings* 409.
- [18] Jefferson, *Réponse au Discours de bienvenue de ses concitoyens du Comté d'Albermale, Alexandrie*, 12 février 1790. *The Papers...*, XVI 179.
- [19] Jefferson, *Commonplace Book*, éd. Gilbert Chinard, 18-19.
- [20] Jefferson, à James Madison, Fontainebleau, 28 octobre 1785, *Writings*, 841.
- [21] *ibidem*.
- [22] Sur ce point, voir, dans *The Papers...*, *La Fayette's Draft of a Declaration of Rights*, ainsi que la note éditoriale de Julian P. Boyd, *op. cit.* XV 230-233.
- [23] *ibidem*.
- [24] Jefferson, à David Hartley, Paris, 2 juillet 1787. *The Papers...*, X 629.
- [25] Jefferson, à George Wythe, Paris, 13 août 1786, *Writings*, 859.
- [26] Jefferson, à Edward Carrington, Paris, 16 janvier 1787, *Writings*, 880.
- [27] Nous faisons ici référence à la distinction proposée par Isaiah Berlin dans « Deux conceptions de la liberté », in *Eloge de la liberté* (Paris : Calmann-Lévy, 1988) 167-218.
- [28] Madison, à Jefferson, New-York, 4 février 1790, *The Republic of Letters*, I 652.
- [29] Jefferson, à Madison, Paris, 15 mars 1789, *Writings* 944.
- [30] Madison, à Jefferson, New-York, 10 juillet 1791, *The Republic of Letters*, II 696. On peut sur cette question consulter, de Lance Banning, *Jefferson & Madison, Three Conversations from the Founding* (Madison : Madison House, 1995) chapitre II.
- [31] Pour l'ensemble de cette période, on peut se référer à Lance Banning, *The Sacred Fire of Liberty* (Ithaca : Cornell University Press, 1995) chapitres X et XI.
- [32] Madison, *Rapport sur les Lois sur les Etrangers et les Séditions*, 7 janvier 1800, *Writings* 646.

- [33] Madison, « Partis », article paru dans la *National Gazette*, 23 janvier 1792, *Writings* 504.
- [34] Jefferson, à Samuel Kercheval, Monticello, 22 juillet 1816, *Writings* 1400.

SOURCES

- Boyd, Julian P. et al., ed., *The Papers of Thomas Jefferson*. Princeton: Princeton University Press, 1950-1970, 20 vols.
- Chinard, Gilbert, ed., *The Commonplace Book of Thomas Jefferson: A Repertory of His Ideas on Government*. Baltimore: John Hopkins University Press, et Paris : P.U.F., 1926.
- Hamilton, Jay et Madison, *Le Fédéraliste*, traduction française par Gaston Jèze, 1957, rééd. Paris : Economica, 1998.
- Peterson, Merrill D., ed., *Thomas Jefferson, Writings*. New-York: The Library of America, 1984.
- Rakove, Jack N., ed., *James Madison, Writings*. New-York: The Library of America, 1999.
- Smith, James M., ed., *The Republic of Letters, The Correspondence between Thomas Jefferson and James Madison 1776-1826*. New-York, Londres: Norton Company, 1995.

ETUDES

- Arrowood, Charles F. *Thomas Jefferson and Education in a Republic*. New-York: Mc Graw Hill Cy, 1930.
- Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1967.
- Banning, Lance, *The Jeffersonian Persuasion: Evolution of a Party Ideology*. Ithaca: Cornell University Press, 1978.
- Banning, Lance, *The Sacred Fire of Liberty – James Madison and the Founding of the Federal Republic*. Ithaca: Cornell University Press, 1995.
- Banning, Lance, *Jefferson and Madison, Three Conversations from the Founding*. Madison WI: Madison House, 1995.
- Cunningham, Noble E., Jr. *In Pursuit of Reason, The Life of Thomas Jefferson*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1987.
- Fohlen, Claude. *Thomas Jefferson*. Nancy : Presses Universitaires de Nancy, 1992.
- Fohlen, Claude. *Les Pères de la Révolution Américaine*. Paris : Albin Michel, 1989.
- Ford, Worthington C. "Jefferson and the Newspapers." *Columbia Historical Society, Records*, VIII (1905) 78-111.
- Hellenbrand, Harold. *The Unfinished Revolution: Education and Politics in the Thought of Thomas Jefferson*. Newark: University

- Press of Delaware ; London: Associated University Press, 1990.
- Koch, Adrienne. *Jefferson and Madison: The Great Collaboration*. Oxford: Oxford University Press, 1950 et 1976.
- Lacorne, Denis. *L'invention de la république, le modèle américain*. Paris : Hachette, 1991.
- Lechenet, Annie. *Jefferson Madison, un débat sur la république*. Paris, PUF, 2003.
- Mc Coy, Drew R., *The Last of the Fathers, James Madison and the Republican Legacy*. Cambridge UK: Cambridge University Press, 1995.
- Macpherson, Crawford B. *Principes et limites de la démocratie libérale*, Montréal et Paris : La Découverte, 1985.
- Nedelsky, Jennifer. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism, The Madisonian Framework of the Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- Onuf, Peter S., ed., *Jeffersonian Legacies*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1993.
- Spitz, Jean-Fabien. *La liberté politique, essai de généalogie conceptuelle*. Paris : PUF, 1995.
- Tosel, André. *Démocratie et libéralismes*. Paris : Kimé, 1995.
- Wood, Gordon S. *La création de la République Américaine, 1776-1787*. 1969. Paris: Belin, 1991.

ABSTRACT IN ENGLISH

*From the necessity of a Bill of Rights to the adoption of the Ten
First Amendments:
a few stakes of the debate between Jefferson and Madison*

A uneasy and shifting debate

In 1787, Jefferson, then in Paris, is happy with he receives information from Madison about the Philadelphia proposal of a Federal Constitution. But he is most disappointed about the fact that it has no Bill of Rights. Such a Bill of Rights is essential for every republic, to protect liberty against the encroachments of power (classical, English and American republican theory). So how can we understand such an omission.?

Moreover, there is a double paradox in it, as the liberal Madison does not wish, in 1787, any Bill of Rights, while the democrat Jefferson does. First of all, we'll try to understand the logic of these two positions. Is it a question of social, political and ideological context ?

In America the Founding Fathers are worried about popular

troubles (Shay's Rebellion especially), and they intend to reinforce the political powers by creating a strong central power. But do not they take the risk of betraying liberty ? This is what Jefferson seems to fear.

Jefferson is an “*Old Whig*,” very jealous in his defence of liberty. He already was in 1786, when he advised his fellow-citizens not to repress too severely Shay's Rebellion. But maybe he is not really up to date about the changing world. Would he be influenced by the Old World he is living in by this time ? Particularly by the theoretical attitude he met in the “*Philosophes*” ' lounges ? This is what Madison suggests in his letter of November of 1787.

As for Madison, he would be rather impregnated by the New World's modernity and pragmatism.

In fact, Madison also defends liberty, but in a new model of the republic, and the question of the nature of the republic is the question revealed by the debate between Jefferson and Madison about a Bill of Rights.

Madison explains why he does not care about a Bill of Rights, in a letter from October of 1788 :

1) Madison shares the classical way pessimist thinking about the natural man's propensity to abusively expand his power.

2) But in a republic, the respective parts of liberty and power are not played by the same actors as in a monarchy (this is his American experience) : the abusive power comes from the popular majorities in the Legislative Assemblies of the States, and the rights and liberties that need to be protected are the minorities' and individuals'. So a Bill of Rights is of no efficiency against these majorities, “inner forces of the community.” What will be efficient will be the Federal powers.

3) By this way, Madison “invented” (D. Lacorne) the modern republic : no more the “simple Democracy, or (the) pure republic, actuated by the sense of the majority, and operating within narrow limits,” but the “extended Republic of the United States,” with a large enough territory to “break into so many interests and parties the people, that a common sentiment is less likely to be felt,” and a system of representation expressly designed to “refine and enlarge the public views.”

So Madison defends liberty too, but the minorities' and the individuals' liberties against the abuses of a power now exerted by governing majorities.

It appears then that Jefferson and Madison are developing two models of the republic that are quite opposite to each other.

Jefferson indeed has a philosophical logic : he stands for the law of majority as “the natural law of every society.” So citizens will collectively make their laws, by free public discussion – which

requires the fundamental great citizens' rights : free opinion and expression of it, freedom of the press, right to assembly. But it also requires that they discuss about their economical interests, in order to collectively determine their common interest, or the public good.

This again means that property is not a natural right, but only a “municipal” one, that a society and its citizens institute in such or such manner according to their needs. For Jefferson, as for Locke, the natural right is rather of “usufruct of Earth” (letter to James Madison, October 1785, from Fontainebleau, about the wretched woman he met there, substitution of the right to the pursuit of happiness to the right of property as a natural right, in the Declaration of Independence, then in July of 1789, in La Fayette's draft for a French Bill of Rights.)

But Jefferson is not only an *Old Whig* ; in Paris he meets “feudality” and the “Enlightenment” movement, develops an historical conscience about the progress of reason in man's history and the responsibility of the New World in this progress. So he fights for the real conditions of free opinion and exercise of self-government : he steadily asks for a Bill for the General Education of the people.

We can see here that “negative liberty” is not insulated, it cannot be separated from “positive liberty,” as positive exercise of self-government is the best way to secure liberties. And Jefferson is really a liberal thinker and statesman, in the most extensive meaning.

But we also can see that the Jefferson's and Madison's models of the republic are quite opposite ones : for Madison, “injustice” is constituted by attacks against property, which is a natural right, that should eternally be out of the reach of political power. We get then the classical model of liberal republic: the separation of “spheres,” specially the social and economical sphere must be kept separated from the political sphere. And consequently for Madison the republic is built in order to avoid that a majority can constitute itself and rule against the minorities : majority is no more the “natural law of every free society,” but only an occasional “compact.”

So, if Jefferson and Madison disagree about the necessity of a Bill of Rights, it is because they think in quite opposite ways about the republic, the role of majority in it, and what about the citizens must discuss : property or the pure neutrality of the State towards property.

As a conclusion, we would indicate how this debate can give some light about the adoption of the Ten first Amendments and the “Republican-Democrats” ' struggle : they went from mistake to synthesis.

The 1789 agreement appears like a mistake between Jefferson and Madison: Jefferson is pleased with a National government, accordingly with his doctrine of a “gradation of authorities,” “from the small republics to the great one;” Madison rescues what is

essential for him : the organization of powers in the Federal Constitution. He offers a Bill of Right as a proof of his real liberal will (and the 1st Amendment expresses the “greatest” rights, the ones that secure the formal conditions of the exercise of self-government).

But the “parchment barrier” appears inefficient against some dangers they had not previewed: in 1791, a moneyed “minority” rules the legislative as well the executive Federal Departments, and enacts very unjust measures against original holders of public debts, more widely, says Madison, against “the Great Number.” Then this real oligarchy moves to some attempts against the public liberties the First Amendment would secure : severe repression of the Whiskey Rebellion, Washington's threats against the “self-created societies,” and, in 1798, the Alien and Sedition Laws.

Jefferson and Madison become true allies, create the “Republican” Party, in order to:

- rescue the public liberties, which are “indispensable to the just exercise of the people's electoral rights” (Madison)
- ensure the real conditions of the republic : to maintain itself, it must rule a “democratic” society, whose citizens are independent, educated, enjoy “comfort” and “leisure to think.” (Madison, paper “Parties,” *National Gazette*, January 23, 1792).

Otherwise, if the republic does not develop a democratic society, it becomes an oligarchy, that not only increases large economical inequalities, but also carries out some assaults on public and private liberties, as we can see in history, from the Alien and Sedition Laws to “Maccarthysm” and the strange support of the American Republic to some dictators throughout the world. Against this danger, Jefferson and Madison made a true republican synthesis : the republic remains extended and representative, in order to avoid injustice, it must absolutely respect the formal conditions of self-government (1st Amendment) and ensure the real conditions (education, economical justice) of its exercise.

We can see then that the 1st Amendment is not only the foundation stone of a republic, but it is also its touchstone, whenever we ask about the real conditions of the republic.